

Sygn. akt: KIO 2635/12

WYROK

z dnia 13 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Narodowy Bank Polski w Warszawie,

przy udziale COMP S.A. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TRADEX SYSTEMS Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Narodowy Bank Polski w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę środowiska serwerów rozwojowych w NBP.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 14.09.2012 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2012/S 177-291644

W dniu 20.11.2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty Comp S.A. w Warszawie (zwanej dalej „Comp”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 30.11.2012 r. Tradex Systems Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej „Tradex”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert i odrzucenie oferty Comp.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

„[...]”

1. Wykonawca COMP S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp a jego oferta odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp.

Zgodnie z Rozdz. VIII pkt. 1.3 SIWZ (str. 4), Wykonawca zobowiązany był wykazać się dysponowaniem co najmniej dwoma osobami posiadającymi doświadczenie oraz kwalifikacje w zakresie instalacji i administracji oferowanego sprzętu przez każdą z tych osób oraz dwoma osobami posiadającymi doświadczenie oraz kwalifikacje w zakresie instalacji wdrażania i administracji systemami operacyjnymi Windows 2008/2008R2 Server x64 (lub wyższej wersji) oraz Linux Debían (Red Hat) i VMware VSphere przez każdą z tych osób.

Firma COMP S.A. na stronach 33-36 oferty przedstawiła wykaz osób, uczestniczących w wykonaniu zamówienia, który nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności, Wykonawca nie wykazał, że będzie dysponował dwoma osobami, z których każda posiada kwalifikacje i doświadczenie w zakresie instalacji wdrażania i administracji systemami operacyjnymi Windows 2008/2008R2 Server x64 (lub wyższej wersji) oraz Linux Debían (Red Hat) i VMware VSphere. Żadna z osób wymienionych w wykazie nie posiada kwalifikacji oraz doświadczenia w zakresie jednoczesnej instalacji i administracji systemami operacyjnymi Windows 2008/2008R2 Server x64 (lub wyższej wersji) oraz Linux Debian (Red Hat) i VMware VSphere.

Wobec powyższego, Zamawiający pismem z dnia 2012.11.19 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty, poprzez złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy pzp, dokumenty miały potwierdzać spełnianie warunków udziału nie później niż w dniu, w którym upłynął termin złożenia ofert, tj. 2012.10.04.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca złożył wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, które w istotny sposób zmieniły treść jego oferty, np. poprzez usunięcie z wykazu jednej osoby uczestniczącej w wykonywaniu zamówienia, tj. p. M..... S..... W przypadku, gdyby uznać, że informacje zawarte w wyjaśnieniach, stanowią uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, to oferta Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ Wykonawca wykazał

spełnienie warunku na dzień 2012.11.19, natomiast nie wykazał dysponowaniem osób zdolnych do wykonania zamówienia na dzień złożenia oferty, tj. 2012.10.04.

2. Oferta firmy COMP S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i pkt. 5 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp.

Zamawiający pismem z dnia 2012.09.24, odpowiedzią na pytanie nr 1, dokonał modyfikacji treści SIWZ poprzez zmianę parametru "Kontroler macierzowy" w ppkt. "k/ macierz NAS - 2 sztuki" (str. 27, Załącznik nr 1 do SIWZ), która to zmiana nie została uwzględniona w ofercie Wykonawcy. Tym samym Wykonawca sporządził ofertę techniczną na formularzu, którego treść nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto, Wykonawca poświadczył nieprawdę poprzez zaoferowanie macierzy NAS Dell PowerVault NX3200 w konfiguracji z kontrolerem macierzowym z pamięcią podręczną cache 512 GB. Podkreślamy, że macierz o takich parametrach nie jest oferowana przez firmę Dell. Zaoferowana przez Wykonawcę macierz SCSI Dell PowerVault MD3220i również nie spełnia wymagań SIWZ, a Wykonawca poświadczył nieprawdę zobowiązując się do dostawy macierzy w konfiguracji zgodnej z treścią SIWZ.

3. Wykonawca COMP S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy pzp a jego oferta odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że w ofercie brak jest potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt. B ppkt. 5 SIWZ (str. 6), Zamawiający wymagał przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 ustawy pzp. W ofercie firmy COMP S.A. brak jest wymaganej prawem informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy pzp, w związku z nowelizacją ustawy pzp, która weszła w życie w dniu 2012.07.21. Znajdujące się w ofercie informacje z KRK zostały wystawione przed dniem 2012.07.21, a w konsekwencji są nieaktualne i nie obejmują pełnego zakresu wymaganego ustawą pzp.

W świetle przedstawionych powyżej faktów, oferta firmy COMP S.A. nie spełnia wymagań SIWZ i powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 ustawy pzp. Nadmieniamy, że Zamawiający zaniechał również odrzucenia oferty firmy SOFTEX DATA S.A. pomimo, że Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał dwa zamówienia każde obejmujące dostawę 10 serwerów o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 PLN brutto, a treść oferty tego Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Podkreślamy, że oferta techniczna firmy SOFTEX DATA S.A. nie zawiera parametrów technicznych oferowanego sprzętu. Zgodnie z Rozdz. XIII pkt. 2 SIWZ (str. 8), Zamawiający wymagał przedstawienia specyfikacji ilościowo-technicznej oferowanych produktów, tj. podania konkretnych parametrów sprzętu i nie dopuścił możliwości użycia zwrotu "Spełnia wymagania SIWZ". W związku z powyższym, Zamawiający nie ma możliwości zbadania zgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ.

[...]"

Odwołujący wycofał na rozprawie zarzuty dotyczące oferty SOFTEX DATA S.A. i udziału tego wykonawcy w postępowaniu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedłożonej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego, Izba ustaliła, co następuje.

Zarzut nr 1

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Izba dodatkowo ustaliła, iż wskazane w odwołaniu pismo zamawiającego z dnia 19 listopada 2012 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu skierowane do wykonawcy Comp w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Comp S.A. w piśmie z dnia 19 listopada 2012 r. przedstawiła wykaz osób – tych samych osób, które wykazał pierwotnie przy ofercie (za wyjątkiem jednej, zbędnej osoby), poszerzając opis ich doświadczenia i kwalifikacji w stosunku do zawartego w pierwotnym wykazie.

Zarzut nr 2

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Izba dodatkowo ustaliła, iż w ramach wskazanej w treści odwołania modyfikacji SIWZ zamawiający zmienił wymaganą minimalną pamięć podręczną cache kontrolera macierzowego z 512GB na 512MB.

Zarzut nr 3

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, co zostało zreferowane powyżej.

Izba dodatkowo ustaliła, iż na wszystkich wskazanych przez odwołującego informacjach z KRK figuruje urzędowe poświadczenie, iż osoby, których zaświadczenia dotyczą, nie figurują w rejestrze.

W trakcie wyrokowania oceniono i uwzględniono w charakterze dowodów:

- przedłożone przez odwołującego, dane i informacje pochodzące ze strony internetowej DELL, tj. dokumenty oznaczone jako: „PowerVault NX3200 Network Attached Storage”, „Dell Power Edge H710”, „Dell Power Edge H810”;
- przedłożone przez przystępującego oświadczenia DELL Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 11 grudnia 2012 r.: w sprawie spełniania wymagań SIWZ przez oferowaną przez Comp macierz NAS DELL PowerVault NX3200; w sprawie przygotowania sprzętu dla Comp dostosowanego do wymagań przedmiotowego zamówienia.

Izba nie uwzględniła w charakterze dowodów, jako nie odnoszące się do okoliczności związanych z przedmiotem rozstrzygnięcia (dowody złożono w związku z zarzutem odwołania pozostawionym przez Izbę bez rozpoznania):

- przedłożone przez odwołującego, dane i informacje pochodzące ze strony internetowej DELL, tj. dokumenty oznaczone jako: „Dell PowerVault MD3200 and MD3200i Series Support Matrix”, „Dell PowerVault MD3200i/MD3220i Series of Storage Arrays A Dell Technical Guide Book”, „Dell PowerVault MD3200i/MD3220i Series”;
- przedłożony przez odwołującego zrzut ekranu z systemu Windows z uwidocznionym czasem wyświetlania danych ze strony DELL;

- przedłożone przez przystępującego oświadczenie DELL Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 11 grudnia 2012 r.: w sprawie spełniania wymagań SIWZ przez oferowaną przez Comp macierz DELL PowerVault MD3220i.

Izba nie uwzględniła również w charakterze dowodów i nie oparła się w trakcie orzekania na przedłożonych przez przystępującego na rozprawie informacjach z KRK, uznając je za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 26 ust 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ponadto przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Według dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich

złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W świetle z art. 24 ust 1 pkt 4-8, 9 i 10 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców w związku z szeregiem przestępstw w przepisach tych wskazanych, popełnionych przez wymienione tam podmioty i osoby. Natomiast zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a według art. 24 ust. 2 pkt 3 – również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Katalog dokumentów, o których mowa powyżej określają przepisy wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

I tak według przepisu § 1 pkt 6 ww. rozporządzenia w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać od wykonawców wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, m.in. aktualnej

informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4—8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Wyżej przytoczone przepisy dotyczą podmiotowej kwalifikacji wykonawcy, jako zdolnego i uprawnionego do ubiegania się o zamówienie publiczne. Natomiast do oferty wykonawcy, jej wyboru i oceny odnoszą się przepisy art. 87 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które odpowiednio stanowią:

- art. 87 ust 1 - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z ust. 2 powoływanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

- art. 89 ust. 1 pkt 2 - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

Według art. 82 ust. 1 Pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, a zgodnie z ust. 2 tego przepisu ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Przy czym zgodnie z art. 86 ust. 1 Pzp z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert.

Natomiast zgodnie z art. 44 ustawy wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty.

1. Rekonstruując zarzuty sformułowane w pkt 1 odwołania, przyjąć można, iż odwołujący wskazał i zakwestionował dwie okoliczności związane z ofertą Comp lub udziałem tego wykonawcy w postępowaniu: istotną zmianę treści oferty przez złożone wyjaśnienia, a także brak potwierdzenia, że osobami wskazanymi w uzupełnionym wykazie wykonawca dysponował w dacie składania ofert.

Interpretując wyżej przytoczone przepisy w kontekście stosunku pojęcia/instytucji oferty do instytucji oświadczeń i dokumentów służących potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, iż w świetle ich regulacji niemożliwa jest do utrzymania teza o ich tożsamości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wynikającym z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp zakazie wymiany osób, które „mają wykonywać zamówienie” na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie jest oczywiście wykluczone nadanie pojęciu oferty różnorodnego znaczenia, tzw. znaczenia *sensu largo*, jednakże przepisy art. 82, 86, 87 i 89 ust. 1 Pzp odnoszą się do oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Natomiast w tym rozumieniu dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co do zasady oferty nie stanowią – nie stanowią zobowiązania wykonawcy, do określonego wykonania zamówienia, nie opisują zakresu i sposobu wykonania oferowanego świadczenia. Najlepiej powyższe rozróżnienie widoczne jest w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w tzw. trybach dwuetapowych (np. przetarg ograniczony, art. 47 i n. Pzp), gdzie najpierw dochodzi do podmiotowej kwalifikacji wykonawców do postępowania – badania ich wniosków w tym zakresie, a następnie wyłonieni w ten sposób wykonawcy, składają swoje oferty.

Ponadto w świetle ww. przepisów wskazać można, iż to z warunkami realizacji zamówienia, które proponuje wykonawca nie można zapoznać się do chwili otwarcia ofert – w takim sensie i znaczeniu nie można zapoznać się z ofertą (86 ust. 1 Pzp). Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które zgodnie z art. 44 ustawy składane są wraz z ofertą, wcale ofertą w tym znaczeniu nie są i nie muszą być zabezpieczone przed zbyt wczesnym ujawnieniem (utożsamienie zwrotu „wraz z ofertą” ze znaczeniem „stanowią ofertę” nie jest uzasadnione). Tylko zwyczajowo są one na ogół umieszczane w jednej, tzw. „kopercie ofertowej” razem z ofertą, tj. z dokumentami opisującymi i wyrażającymi zobowiązanie wykonawcy. Znowu najlepszym zobrazowaniem powyższego jest przetarg ograniczony, gdzie

treść wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest na ogół zabezpieczana i nie ma w ogóle instytucji ich otwarcia.

Poza tym na konieczność rozróżnienia oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazują wyżej przytoczone przepisy dotyczące ich formy – oferta musi być przedłożona pod rygorem nieważności na piśmie, a dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które mają być przedłożone wraz z ofertą, mogą zostać przedstawione w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Zobowiązanie do wykonania zamówienia przy pomocy sił i środków wykazanych w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu mogłoby dopiero powstać w przypadku wprowadzenia przez zamawiającego wyraźnych postanowień umownych w tym zakresie.

Jednakże powyższe, nawet w przypadku wprowadzenia przez zamawiającego tego typu wymogów co do sposobu wykonania zamówienia, nie mogłoby przekreślać bezwzględnie obowiązujących norm w zakresie możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca byłby więc zobowiązany do wykonania zamówienia przy pomocy osób, które ostatecznie (a nie pierwotnie), w dozwolony prawem sposób, wykazał w ramach jego kwalifikacji do ubiegania się o dane zamówienie.

Sama możliwość wymiany osób, którymi dysponuje wykonawca i które pierwotnie wykazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jest potwierdzona ustalonym orzecnictwem sądów okręgowych i Izby oraz przede wszystkim znajduje oparcie w brzmieniu adekwatnych przepisów. W zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jak najbardziej mieści się uzupełnianie/wymiana dokumentów, które nie zawierają błędów formalnych a z ich treści wynika, że wykazane usługi, osoby... etc... nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego. W przypadku gdy w świetle powołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów) tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki (*a maiori ad minus*). Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w

postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału po prostu nie ma w postępowaniu i należy wezwać do jego uzupełnienia. W związku z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawca będzie miał ponowną szansę udokumentowania, np. przy pomocy zmienionego wykazu osób, usług czy sprzętu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu – zarówno poprzez przedłożenie wykazu zawierającego zupełnie nowe wykonane osoby, czy też poprzez poprawienie błędów w informacjach dotyczących okoliczności już pierwotnie wykazywanych.

W szczególności w rozpatrywanym przypadku, nie doszło nawet do wymiany osób wskazanych w pierwotnym wykazie. Wykonawca usunął zeń jedną osobę (zbędną dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz podał dodatkowe informacje dotyczące osób pozostałych.

Odnosząc się do zarzutu, iż Comp wykazała spełnienie warunku na dzień 19 listopada 2012, natomiast nie wykazała dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień złożenia ofert (04.10.2012), Izba wskazuje, iż w tym zakresie informacje podawane przez wykonawcę i sposób ich prezentacji w pełni odpowiadają dyspozycji art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tj. wybrany wykonawca zgodnie z ustawą i postanowieniami SIWZ wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania wymaganymi osobami na dzień składania ofert. Natomiast w trakcie postępowania odwoławczego, odwołujący nie wykazał, aby informacje i deklaracje Comp S.A. w tym zakresie materialnie nie odpowiadały prawdzie – czemu Comp S.A. przeczyła i oświadczyła, że warunki udziału w postępowaniu spełniała również w dacie składania ofert.

Stanowisko odwołującego w przedmiocie tego zarzutu sprowadzałoby się w istocie do postulowania zamieszczenia przez wykonawcę w uzupełnianym wykazie osób daty składania ofert lub odrębnego zaznaczenia, iż danymi osobami w dacie składania ofert dysponował, a osoby te również w tej dacie wypełniały wszystkie wymagania SIWZ.

W ocenie Izby powyższe jest po prostu zbędne: skoro zamawiający zwraca się o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m.in. z zastrzeżeniem, iż warunki te mają być spełnione na datę

spełniania ofert (powołując się w tym zakresie na odpowiedni przepis, który o tym stanowi), to należy przyjąć, iż wykonawca uzupełniając dokumenty w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie powyższe potwierdza. Oczywiście o ile nie poda w tym zakresie informacji, z których wynikałyby będą okoliczności przeciwnie.

Tym samym brak więc podstaw do twierdzenia, iż w ramach uzupełniania wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca, winien on składać jakieś oddzielne deklaracje czy dokumenty potwierdzające kiedy wykazywanymi osobami dysponował (w tym w jakiej dacie osoby te mogłyby zostać uznane za spełniające wymagania SIWZ), gdy z samej treści oraz kontekstu zastosowania wykonywanej w tej sytuacji dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że przedkładany, stosowny wykaz (a więc dokument prywatny będący w rzeczywistości oświadczeniem własnym wykonawcy) odnosi się i potwierdza spełnianie warunku dysponowania stosownymi osobami oraz że potwierdzenie to następuje na dzień składania ofert.

W świetle powyższego uzupełnienie dokumentów oraz potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi osobami dokonane przez Comp uznać należy za formalnie poprawne, tj. potwierdzające dysponowanie określonymi osobami o opisanych kwalifikacjach i doświadczeniu w dacie składania ofert powołanej w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy.

Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1666/09) oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2010 r. (sygn. akt V Ca 151/10), wydanym w wyniku rozpoznania skargi na ww. orzeczenie Izby.

Tym samym zarzuty opisane w pkt 1 uzasadnienia odwołania uznano za niezasadne.

2. W pkt 2 uzasadnienia odwołania, Tradex sformułowała zarzut niezgodności treści oferty Comp z treścią SIWZ oraz zarzut podania nieprawdziwych informacji w tej ofercie – w związku z zaferowaniem macierzy NAS Dell PowerVault NX3200 w konfiguracji z kontrolerem macierzowym z pamięcią podręczną cache 512 GB. Oba ww. zarzuty są niezasadne.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność

treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż odwołujący w odwołaniu nie wskazał na czym właściwie miałyby polegać w tym przypadku niezgodność treści oferty wybranej z SIWZ. Skoro wymaganiem zamawiającego było zaoferowanie kontrolera z pamięcią cache min. 512 MB, to jak najbardziej wskazana w tabeli ofertowej pamięć kontrolera 512 GB spełniała będzie wymagania SIWZ.

Przy czym o treści oferty wybranej przesądza w tym przypadku wskazanie konkretnej macierzy, zindywidualizowanej za pomocą nazw własnych i oznaczeń producenta. W świetle dowodów przedstawionych przez samego odwołującego (specyfikacji „PowerVault NX3200 Network Attached Storage”, „Dell Power Edge H710”, „Dell Power Edge H810”) rodzaj zaoferowanego sprzętu jest jasny i łatwo identyfikowalny. Wskazanie, że oferowana jest macierz Dell PowerVault NX3200 z jednym kontrolerem, bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń w ofercie, co do jej modyfikacji, oznacza, iż zaoferowano macierz z kontrolerem wewnętrznym Dell Power Edge H710 o pamięci 512 MB. Nie zachodzą w tym przypadku żadne wątpliwości co do treści oferty – w szczególności w świetle bezspornej okoliczności, iż ww. macierz nie może być wyposażona w kontroler 512 GB.

Uwzględnienie odwołania w związku z tego typu zarzutem i nakazanie poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp (zmiana jednostek GB na MB), a tym bardziej nakazanie jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie byłoby wykonywaniem obowiązującego prawa, ale interpretacją i stosowaniem prawa, które *iuris prudentia* Rzymu charakteryzowała krótko i celnie: *summum ius, summa iniuria*.

Przy czym Izba zaznacza, iż dowody z oświadczeń Dell przedkładane przez przystępującego uznano za niewiarygodne, stanowiące nic ponad deklaracje podmiotu bezpośrednio zainteresowanego wynikiem postępowania. Oświadczenia te z pewnością nie mogłyby

stanowiąc oparcia dla stwierdzenia zgodności treści oferty Comp, w przypadku gdyby z treści tej oferty wynikały okoliczności przeciwne, niż w swoich oświadczeniach producent oferowanego sprzętu deklarował.

Natomiast rozpatrując w odnośnym zakresie zarzut podania nieprawdziwych informacji, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, Izba wskazuje, iż jak wynika z treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób przesłanek: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością (innymi słowy – obiektywnie nieprawdziwe).

Przy czym w treści powoływanego przepisu, ani klauzulach generalnych ustawy, nie ma żadnych odesłań, które uzależniałyby zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp od stopnia świadomości wykonawcy, co do prawdziwości informacji, którymi się w postępowaniu o udzielenie zamówienia posługuje, lub które warunkowałyby wykluczenie wykonawcy od stopnia jego zawinienia przy braku ustalenia ich nieprawdziwości.

Powyższe powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami i przyczynami po stronie wykonawców, może być jednak postulowane i osiągnięte, przez zastosowanie bardziej celowościowych zabiegów interpretacyjnych, co uczynił m.in. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12). W szczególności należy podkreślić tu cel składania nieprawdziwych informacji, ich skutki i znaczenie.

Podaniem nieprawdziwych informacji, o którym mowa w ww. przepisie nie będzie więc zwykła omyłka przy powielaniu błędnych jednostek pomieszczonych niegdyś w opisie przedmiotu zamówienia. W rozpatrywanym przypadku nie można z całą pewnością stwierdzić, iż wykonawca *miał świadomość szkodliwego skutku swojego zachowania i celowo do niego zmierzał* (za uzasadnieniem powoływanego wyżej wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie), czy w ogóle przypisać informacji o 512 gigabajtach pamięci kontrolera jakiegokolwiek znaczenia dla oceny oferty.

Izba pominęła natomiast i pozostawiła bez rozpoznania zarzut niezgodności macierzy Dell PowerVault MD3220i z treścią SIWZ w związku z brakiem jego akuratego sformułowania w treści odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest samo generalne wskazanie na fakt, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a nawet podanie której części oferty czy specyfikacji ta niezgodność dotyczy oraz wskazanie i opisanie, na czym ta niezgodność polega. Natomiast w rozpatrywanym odwołaniu wskazano tylko, iż macierz Dell PowerVault MD3220i nie spełnia wymogów SIWZ, nie podając przy tym w jakim zakresie taka niezgodność zachodzi i na czym polega (np. które parametry czy cechy zaoferowanej macierzy są niezgodne z wskazanymi i nazwanymi wymaganiami SIWZ). Odwołujący dopiero na rozprawie wskazał, iż chodziło mu o ilość serwerów możliwych do podłączenia, wskazał wymagania SIWZ w tym zakresie oraz postanowienia oferty, które miały być z SIWZ w tym zakresie niezgodne.

Zarzut odwołania sformułowany w ten sposób nie nadawał się więc ani do rozpoznania przez Izbę ani do uwzględnienia przez zmwiającego, który oceniając odwołanie nie może domyślać się i dociekać, na czym podniesiony zarzut w rzeczywistości polega i do czego się odnosi.

3. Zarzut dotyczący zakresu potwierdzenia niekaralności w przedłożonych w załączeniu do oferty Comp informacjach z KRK.

Poruszona przez odwołującego na rozprawie kwestia obowiązywania i stosowania niezgodnych z prawem postanowień SIWZ, które nie zostały przed składaniem ofert, w stosownych przewidzianych terminach, zakwestionowane przez wykonawców na drodze środków ochrony prawnej – jest teoretycznie interesująca i praktycznie doniosła niejako sama w sobie. Nie przesądzając o konkretnej kwalifikacji danych postanowień SIWZ odnoszących się do żądanych dokumentów, które wykraczają poza zamknięty katalog dokumentów określonych w przepisach ww. rozporządzenia, należy przeciwstawić się poglądom zakładającym jakiegokolwiek daleko idące generalizacje w przedmiocie obowiązywania i zakresu skutków prawnych możliwych do przypisania tego typu postanowieniom SIWZ. Należałoby tu raczej rozróżnić szereg sytuacji i wariantów odnoszących się do rodzaju danych postanowień SIWZ

oraz rodzaju regulacji prawnej, z którą czynność prawna (jaką jest niewątpliwie określenie warunków przetargowych przez zamawiającego) ma być niezgodna. W zależności od konkretnych okoliczności danej sprawy, zwłaszcza znaczenia i rodzaju naruszanych przepisów, zwłaszcza możliwości ich bezpośredniego zastosowania, a także charakteru samych postanowień SIWZ, różne będą skutki prawne poszczególnych niezgodności dokumentów przetargowych z prawem.

Dodatkowo w rozpatrywanym przypadku, znaczenie katalogu dokumentów żądanego przez zamawiającego, jest problematyczne w związku z niedostosowaniem przepisów ww. rozporządzenia do znowelizowanego przepisu art. 24 ust. 1 Pzp.

Przy czym ocena powyższego nie została przez Izbę dokonana w związku z faktem, iż jest zbędna dla rozpatrzenia zarzutu dotyczącego pełnego wykazania przez wybranego wykonawcę braku wszystkich podstaw wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.

Comp S.A. ww. okoliczności potwierdziła wystarczająco przedkładając zaświadczenia z KRK załączone do oferty. W świetle przepisów ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2012 r. poz. 654) oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy – potwierdzenie, iż dana osoba nie figuruje w rejestrze oznacza potwierdzenie, iż brak w nim informacji o jakichkolwiek skazaniach, a więc również w zakresie przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....